

JaSo 2014

Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht

**Herausgegeben von
Ueli Kieser und Miriam Lendfers**



Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2014

Herausgegeben von

Ueli Kieser

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

Miriam Lendfers

Dr. iur., Rechtsanwältin



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über «<http://dnb.ddb.de>» abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2014

ISBN 978-3-03751-604-1

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Entwicklungen in der Rechtsetzung zum Sozialversicherungsrecht	1
Zahlen zu den Leistungen und Beiträgen per 2014	13

Teil 2

Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht	17
-----------------------------------------------------------------------	----

Teil 3

Aufsätze

Vereinheitlichung bzw. Harmonisierung der verschiedenen Existenzminima in der Schweiz

FRANZISKA BOLLHALDER	95
----------------------	----

Wohnsitz und Aufenthalt bei Dauerleistungen der 1. Säule

Begriff, Bestimmung und Bedeutung

MARCO REICHMUTH	105
-----------------	-----

Junge Erwachsene in Ausbildung

Zur Eigenversorgungskapazität als Grenze sozialversicherungsrechtlicher Leistungsansprüche

MIRIAM LENDFERS	121
-----------------	-----

Wie gelingt berufliche Eingliederung?

Erkenntnisse aus der SNF-Studie «Berufliche Eingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit»

KURT PÄRLI/JÜRG GUGGISBERG/JULIA HUG	137
--------------------------------------	-----

Die Invaliditätsbemessung bei selbständig Erwerbstätigen in der IV

Überlegungen zum sogenannten erwerblich gewichteten Einkommensvergleich

RALPH JÖHL 159

Valideneinkommen versus versicherter Verdienst

Die Auswirkungen auf den Rentenbetrag am Beispiel von verunfallten Studenten

DELLA BATLINER-CHENNANPARAMBIL 173

Erste Erfahrungen mit der neuen Pflegefinanzierung

HARDY LANDOLT 187

Rückfälle im Unfallversicherungsrecht

Eine Betrachtung aus praktischer Sicht

LUKAS OETIKER 213

Zum Zustand der Sozialversicherung

Hinweise und Überlegungen zur Durchführung des Sozialversicherungsrechts

UELI KIESER 229

Stichwortverzeichnis 245

Wie gelingt berufliche Eingliederung?

Erkenntnisse aus der SNF-Studie «Berufliche Eingliederung von Personen mit länger andauernden Arbeitsunfähigkeit»

KURT PÄRLI/JÜRG GUGGISBERG/JULIA HUG*

Résumé

Weshalb gelingt es einigen Arbeitnehmenden besser als anderen, sich nach einer länger andauernden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeitsphase wieder in den Erwerbsprozess zu integrieren? Welche Faktoren sind dafür verantwortlich? Diese Fragen bildete den Ausgangspunkt des mehrjährigen Forschungsprojektes «Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit – Eine mikrosoziologische Untersuchung zur Rolle des Rechts und des sozialen Umfelds», die durch das Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften und das Büro für sozialwissenschaftliche Studien BASS durchgeführt wurde. Die Resultate der umfangreichen Befragungen und der rechtlichen Analysen zeigen die Bedeutung persönlicher Ressourcen der betroffenen Individuen und heben den positive Einfluss der Unterstützung durch die Arbeitgebenden hervor. Vor dem Hintergrund der Studienergebnisse werden in den rechtspolitischen Schlussfolgerungen einige gesetzgeberische Verbesserungen vorgeschlagen, namentlich die Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	139
1.1. Hintergrund und Ausgangspunkt der Studie	139
1.2. Methodisches Vorgehen	140
2. Die wichtigsten Ergebnisse der Studie	141

* KURT PÄRLI, Prof. Dr. iur., Dozent und Leiter Zentrum für Sozialrecht, ZHAW, Winterthur, Privatdozent Universität St. Gallen; JÜRG GUGGISBERG, lic. rer. soc., Soziologe und Ökonom, Geschäftsleitung Büro BASS, Bern; JULIA HUG, MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, ZHAW, Winterthur.

2.1.	Berufliche Situation der Befragten	141
2.2.	Einflussfaktoren	142
2.3.	Thesenüberprüfung	143
3.	Rechtliche Würdigung der zentralen Ergebnisse und rechtspolitische Schlussfolgerungen	148
3.1.	Ungenügende Information zum Versicherungs- und Kündigungsschutz	148
3.2.	Besonderer Schutz älterer Arbeitnehmenden	149
3.3.	Zentrale Rolle der Arbeitgebenden	150
3.3.1.	Strukturell verankertes Gesundheitsmanagementsystem – gesetzliche Verankerung	150
3.3.2.	Betriebszugehörigkeit – zeitlicher Kündigungsschutz – Stellenerhalt	151
3.3.3.	Arbeitsbedingungen	152
3.4.	Chancen auf IV-Rente	153
3.5.	Vorgängige Information der Meldung zur Früherfassung	154
3.6.	Präsentismus	155
3.7.	Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung	155
4.	Schlussbemerkungen	158

Literaturangaben

ABEGG/STEBLER, Missbräuchliche Kündigung infolge Krankheit, AJP 9/2008, S. 1177–1180; GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt, Ergebnisse prospektive Kohortenstudie, in: Pärli/Guggisberg et. al. (Hrsg.), Arbeit und Krankheit, Winterthur/Bern 2013; HELMIG/HUNZIKER, Moral Hazard und Betrug im Sozialversicherungssystem aus ökonomischer Perspektive, SZS 3/2006, 171–189; PÄRLI, Verschärfte Gerichtspraxis bei missbräuchlichen Kündigungen, in: Ochsenbein/Pekruhl/Spaar (Hrsg.), Human Resource Management, Zürich 2010, 185–213; PÄRLI/HUG/PETRIK, Rechtsfragen gesundheitlicher Beeinträchtigung im Arbeitsverhältnis – Zusammenwirken von Arbeits- und (Sozial)versicherungsrecht (Working Paper), in: Pärli/Guggisberg et. al. (Hrsg.), Arbeit und Krankheit, Winterthur/Bern 2013; PÄRLI/HUG, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit), in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV), 1/2012, 1–12; RUDOLPH, Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz, in TREX 3/2009, 152–156.

1. Einleitung

1.1. Hintergrund und Ausgangspunkt der Studie¹

In vielen europäischen Staaten stieg die Zahl der aus gesundheitlichen Gründen frühzeitig aus dem Erwerbsleben ausscheidender Personen ab Mitte der 80iger-Jahre des vergangenen Jahrhunderts massiv an. Dabei wurde vor allem eine Zunahme psychischer Erkrankungen und unklarer Krankheitsbilder beobachtet. Im sozialstaatlichen Aktivierungsdiskurs bilden deshalb aus medizinischen Gründen arbeitsunfähige Arbeitnehmende eine wichtige Gruppe. In der Literatur (wie auch in der Politik und am Stammtisch) wird bezüglich die Zunahme der Inanspruchnahme sozialstaatlicher Leistungen wegen gesundheitlich bedingter Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit auch auf unerwünschte Anreize sozialstaatlicher Leistungen zur Arbeitsmarktintegration hingewiesen.² Kritisiert wird auf der Grundlage von Moral Hazard-Theorien, die Sozialversicherung setze mit der Offerte einer Rente bei einer Erwerbsunfähigkeit falsche Anreize.³ Gefordert wurde (und wird) deshalb eine Abkehr von garantierten Leistungsansprüchen zu Gunsten einer möglichst raschen Reintegration in den Arbeitsprozess.

Diese Forderung blieb nicht ungehört. In vielen Staaten wurde der Sozialstaat umgebaut. Garantierte Rechtsansprüche auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit, krankheits- und unfallbedingter Arbeitslosigkeit und Invalidität werden durch vorgelagerte Integrationspflichten ergänzt oder gar ersetzt. Krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmende werden so Zielgruppe von Absenzenmanagementsystemen, Früherkennungs- und Frühinterventionsprogrammen und betrieblicher Gesundheitsförderung. An diesen Aktivitäten sind regelmässig verschiedene und viele, staatliche wie nichtstaatliche, betriebliche und ausserbetriebliche Akteure beteiligt,

¹ Die SNF-Studie wurde unter dem Titel «Arbeit und Krankheit, Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit – eine Untersuchung zur Rolle des Rechts und des sozialen Umfelds» online unter <http://www.project.zhaw.ch/de/management/berufliche-wiedereingliederung/das-projekt.html> publiziert. Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf diesem Bericht, teilweise in gekürzter Form, teilweise als unveränderte Wiedergabe. Erste Ergebnisse wurden zudem in der Publikation Soziale Sicherheit CHSS 6/2012 vorgestellt.

² HELMIG/HUNZIKER, 171.

³ So bspw. MURER, Besser krank in der IV als gesund in der Sozialhilfe, Vortrag vom 28. Mai 2010 an der Plenarversammlung der IVSK in Solothurn, einsehbar unter www.ivschweiz.ch/dynasite.cfm?dsamid=99538#detail (besucht am 13. November 2013).

was einen erhöhten Koordinationsbedarf nach sich zieht und neue Fragen daten- und persönlichkeitsrechtlicher Art aufwirft. Als Beispiel dafür kann der Aufbau und die Etablierung der Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ) genannt werden.

Die Einschätzung über die Wirksamkeit aktivierender Massnahmen war und ist kontrovers, ein klares Bild ist nicht ersichtlich. Das erstaunt nicht: Monokausale Erklärungen für gelungene oder misslungene Integration bzw. Reintegration in den Arbeitsmarkt nach Arbeitslosigkeit oder gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit sind von vorneherein falsch, multifaktorielle Erklärungsversuche tendieren ins Beliebiges.

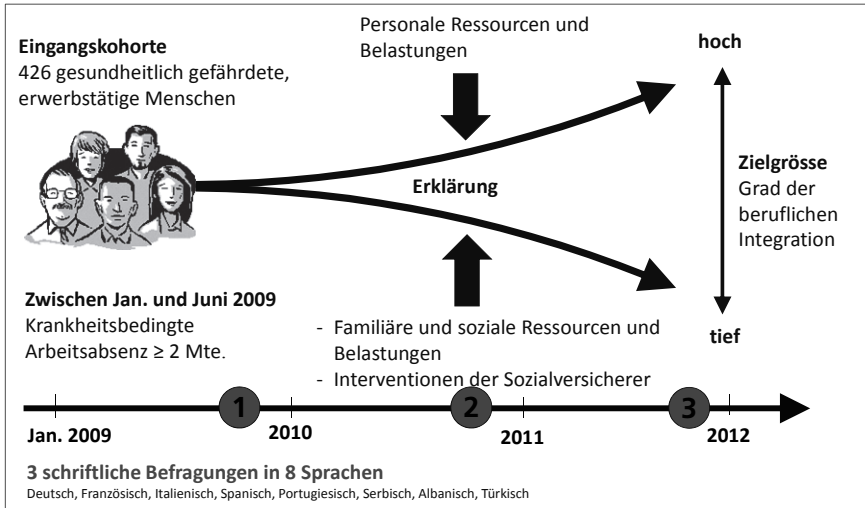
Weshalb gelingt es einigen Erwerbspersonen besser als anderen, sich nach einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeitsphase wieder in den Erwerbsprozess zu integrieren? Welche Faktoren sind dafür verantwortlich? Diese Fragen bildete den Ausgangspunkt des mehrjährigen Forschungsprojektes «Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit – Eine mikrosoziologische Untersuchung zur Rolle des Rechts und des sozialen Umfelds», die durch das Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften und das Büro für sozialwissenschaftliche Studien BASS durchgeführt wurde.

1.2. Methodisches Vorgehen

Das Studiendesign beinhaltete ein mikrosoziologisches Wirkungs- und Arbeitsmodell, in dessen Fokus die individuellen Akteure im Wiedereingliederungsprozess stehen. Dabei interessiert der Einfluss des rechtlichen Rahmens, des Gesundheitszustands, der individuellen Charakteristiken, des Arbeits- und des familiären und sozialen Umfeldes sowie sozioökonomischen Aspekten. Es interessiert die Wirkung verschiedener Formen aktiven betrieblichen Gesundheitsmanagements einerseits und der Einfluss unterschiedlicher und sich wandelnden rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen wie bspw. die Revision der Invalidenversicherung oder der Kündigungsschutz und die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit andererseits.

Ausgehend vom Wirkungsmodell wurden zwischen 2009 und 2012 drei Befragungen von Arbeitnehmenden durchgeführt, die zu Beginn der Studie während mindestens zwei Monaten arbeitsunfähig waren. Dieses Vorgehen ermöglichte, den Verlauf der Arbeitsunfähigkeit bzw. der Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit oder die Invalidisierung zu beobachten. Insgesamt konnten die Daten von 426 Personen ausgewertet werden (Personen, die an allen drei Befragungen teilnahmen).

Abbildung 1: Forschungsdesign



Quelle: Darstellung BASS

Die rechtlichen Folgen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit sind je nach Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses völlig unterschiedlich. Deshalb wurde der empirische Teil der Studie (die drei Befragungen) durch umfangreiche systematische juristische Analysen ergänzt, deren Ergebnisse auch in die Erarbeitung der Fragebogen für die Befragungen einfließen.

2. Die wichtigsten Ergebnisse der Studie

2.1. Berufliche Situation der Befragten

Das Durchschnittsalter der befragten Personen liegt bei 49 Jahren. Knapp zwei Drittel (58%) der Befragten verdienen pro Monat weniger als 5'000 Franken (netto), weitere 18% erzielen ein monatliches netto Erwerbseinkommen zwischen 5'000 und 5'999 Franken. Wenn man die Einkommen auf ein volles Pensum standardisiert, liegt das Erwerbseinkommen bei rund der Hälfte der Befragten unter 5'000 Franken und bei rund 9% unter 3'000 Franken⁴.

⁴ GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, 3.

Im Zeitpunkt der dritten Befragung waren zwei Drittel der Befragten noch erwerbstätig. 17% der Befragten waren stellensuchend und 11% bezogen eine Invalidenrente, 3% waren ohne Arbeit und suchten ohne Angabe von Gründen nicht nach einer neuen Stelle. Nicht unerwartet zeigt sich, dass die Wiedereingliederung in die Arbeitswelt nach längerer Arbeitsunfähigkeit vor allem für die Personen erschwert ist, deren Arbeits- und Leistungsfähigkeit stark eingeschränkt ist. Besonders klein sind die Chancen auf eine Wiedereingliederung nach einem Stellenverlust und reduzierter Arbeits- und Leistungsfähigkeit.⁵

2.2. Einflussfaktoren

Die Befragungsergebnisse zeigen einen engen Zusammenhang zwischen den individuellen und sozialen Ressourcen, die den Personen zur Verfügung stehen.⁶ Diese Ressourcen sind indes je nach sozialer Position ungleich verteilt. Menschen mit besserer Berufsausbildung, höherem Einkommen und in gehobener beruflicher Stellung sind psychisch deutlich weniger belastet und können überdies auf mehr Unterstützung aus ihrem privaten Umfeld zurückgreifen. Dazu kommt, dass diese Personen gegenüber ihrer Berufstätigkeit eher intrinsisch motiviert sind. Während das Vorhandensein dieser Faktoren einen positiven Einfluss auf eine erfolgreiche (Re)Integration hat, bewirkt das Fehlen dieser Ressourcen den gegenteiligen Effekt.

In Unternehmen, bei denen die Zuständigkeiten im Umgang mit krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Mitarbeitenden klar geregelt sind und insbesondere auch rasch mit den betroffenen Personen Kontakt aufgenommen wird, gelingt die Weiterbeschäftigung weitaus häufiger als in Betrieben ohne entsprechende Prozeduren.⁷

Einen gewissen Einfluss auf den Verbleib im Arbeitsprozess haben auch die Ausgestaltung des Versicherungs- und Kündigungsschutzes. Allerdings lassen die vorhandenen Zahlen keine umfassenden Aussagen zu, insbesondere auch nicht was das Problem des Moral Hazard betrifft. Immerhin lässt sich anhand der Ergebnisse des verwendeten statistischen Modells

⁵ GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, 16, Abbildung 9.

⁶ GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, 19 f., Abbildung 11.

⁷ GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, 19.

festhalten, dass sich eine prekäre Erwerbssituation negativ auf den Verbleib im Erwerbsleben auswirkt.⁸

Insgesamt zeigt sich, dass ein erfolgreicher Wiedereingliederungsprozess das Produkt von einem Zusammenspiel zwischen vorhandenen personalen, familiären und sozialen Ressourcen und Belastungen einerseits und der Unterstützung und Interventionen der beteiligten Stellen und Sozialversicherer andererseits ist.⁹

2.3. Thesenüberprüfung

Nachfolgend werden die Ergebnisse im Lichte der zu Beginn des Projekts aufgestellten Thesen betrachtet.¹⁰

a) These 1

Die mit der sozialen Position der gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden verbundenen Ressourcen wirken sich unabhängig von der objektiven Schwere des Gesundheitsproblems auf die Chancen der Verhinderung der Desintegration bzw. das Gelingen der beruflichen Reintegration aus.

These 1 wird von den Ergebnissen eindeutig gestützt. Die für das Gelingen der beruflichen Reintegration verfügbaren individuellen und sozialen Ressourcen sind, je nach sozialer Position, ungleich verteilt. Menschen mit besserer Ausbildung, höherem Einkommen und in höherer beruflicher Stellung sind psychisch deutlich weniger belastet, können auf mehr Unterstützung aus ihrem privaten Umfeld zurückgreifen, sind bezüglich der Arbeit eher intrinsisch motiviert. Das Fehlen dieser Ressourcen wirkt sich direkt und negativ auf eine erfolgreiche berufliche Reintegration aus.

Die psychische Belastung der Arbeitnehmenden als Teilaspekt der individuellen Verfassung zum Zeitpunkt der ersten Befragung wirkt sich unabhängig von der Schwere des Gesundheitsproblems auf das Risiko aus, den angestammten Arbeitgeber zu verlieren. Personen in einer guten psychischen Verfassung verfügen gegenüber Personen mit einer hohen psychischen Belastung über eine rund 3.5mal grössere Chance, ihre Anstellung behalten zu können. Auch Personen mit psychischen Problemen, die aus einer klinischen Sicht nicht unbedenklich sind (= mittlere Belastung), ha-

⁸ GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, 30.

⁹ GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, 43.

¹⁰ Die nachfolgenden Ausführungen sind übernommen aus der Online-Publikation der SNF-Studie (vgl. Fn. 1), Teil 1: Ergebnisse der prospektiven Kohortenstudie, 43 ff.

ben gegenüber den Personen mit grossen psychischen Problemen eine grössere Chance, den ersten Arbeitgeber behalten zu können. Die Qualität der psychischen Verfassung korreliert mit der sozialen Position der Betroffenen, wirkt aber unabhängig davon einer beruflichen Desintegration entgegen.

Die Tatsache, dass es im familiären und nachbarschaftlichen Umfeld des gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden eine Person gibt, die der oder die Betroffene um Hilfe anfragen kann, hilft den Betroffenen vor allem bei einer allfälligen Stellensuche. Die praktische Unterstützung ist eng verbunden mit der sozialen Position einer Person – besser qualifizierte Personen verfügen in ihrem Umfeld häufiger über Personen, die Hilfe leisten können – sie erhöht aber unabhängig von der sozialen Position (Ausbildung, Einkommen, Berufliche Stellung) der Betroffenen die Chance, im Erwerbsprozess zu verbleiben.

Eine eher intrinsische Arbeitsmotivation erhöht die Chance der Betroffenen nach einem erfolgten Stellenverlust, einen neuen Arbeitgeber zu finden. Die Einstellung zur Erwerbsarbeit wirkt sich unabhängig vom Gesundheitszustand und soziodemographischen sowie -ökonomischen Merkmalen positiv auf die Wahrscheinlichkeit eines beruflichen Wiedereinstiegs aus. Die Arbeitsmotivation ist eng verbunden mit der sozialen Position der Arbeitnehmenden. Hochqualifizierte Personen wie auch Angestellte in Führungspositionen sind in Bezug auf ihre Erwerbsarbeit deutlich häufiger intrinsisch motiviert als Personen ohne Abschluss auf der Sekundarstufe II bzw. Personen ohne Führungsaufgaben.

b) These 2

Interventionen der Sozialversicherer sind zur Verhinderung des Desintegrations- bzw. Förderung des Integrationsprozesses dann erfolgreich, wenn sie mit Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden vorgenommen werden und an deren individuellen Ressourcen anknüpfen und diese fördern.

Im Rahmen der durchgeführten multivariaten Analysen kann These 2 nicht gestützt werden. Zum einen sind die Fallzahlen für eine Überprüfung dieser These eher zu gering. Insgesamt sind im Sample nur gerade 39 Personen zu finden, die sich dahingehend äussern, dass sie mit der erfolgten Meldung zur Früherfassung bei der Invalidenversicherung nicht (11) oder nur teilweise (28) nicht einverstanden sind. Zum andern zeigt sich, dass diese Personen eher gesünder sind als solche, die sich freiwillig melden, was einen Vergleich der beiden Gruppen schwieriger macht.

Zwar lässt sich diese These aufgrund der Ergebnisse nicht belegen. In rechtlicher Hinsicht ist jedoch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass immerhin 23% der befragten Personen angaben, sie wären vorgängig nicht über die Meldung zur Früherfassung informiert worden. Dies, obwohl die vorgängige Information zwingend wäre.¹¹

c) These 3

Betriebliches Absenzenmanagement zur Früherkennung von Absenzen und Gesundheitsmanagement zur aktiven Begleitung von Personen mit längeren Absenzen steigern bei den Betroffenen die Bereitschaft, wieder in den Erwerbsprozess zurückzukehren. Sie kehren deshalb im Vergleich zu Personen in Betrieben ohne solche Massnahmen früher und öfters an ihren Arbeitsplatz zurück.

These 3 wird von den Ergebnissen eindeutig gestützt. Die vorliegenden Ergebnisse zeigen, dass die Angestellten von Betrieben, die über ein in der Organisation verankertes Gesundheitsmanagement verfügen, deutlich häufiger ihre Stelle behalten können. Die Chancen dieser Arbeitnehmenden sind deshalb unabhängig vom Gesundheitszustand und soziodemographischen sowie -ökonomischen Merkmalen deutlich höher, 30 Monate nach Beginn der längeren Phase der Arbeitsunfähigkeit noch erwerbstätig zu sein. Die Anzahl der Unternehmen, die über eine spezialisierte Abteilung inner- oder ausserhalb des Betriebs verfügen, deren Verantwortliche sich spätestens nach zwei Wochen seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmenden melden und die zusätzlich im Bereich der Gesundheitsprävention aktiv sind, ist im vorliegenden Sample jedoch relativ klein. Die Ergebnisse dazu sind jedoch sehr robust und stabil. Die Ergebnisse zeigen zudem deutlich, dass konkrete Massnahmen zur beruflichen Wiedereingliederung sowohl die Chancen auf einen Stellenerhalt als auch die Chancen auf dem Stellenmarkt deutlich erhöhen.

Zu einem Gesundheitsmanagement gehört es auch, dass die Bemühungen verschiedener in den Wiedereingliederungsprozess beteiligten Personen und Institutionen koordiniert werden. Dies scheint sich insbesondere bei einem allfälligen Stellenverlust und der darauffolgenden Stellensuche positiv auszuwirken. Wer schon zu Beginn der Arbeitsabsenz über eine Person verfügt, die sich für ein koordiniertes Vorgehen der verschiedenen Stellen kümmert, hat deutlich grössere Chancen, im Bedarfsfall eine Neuanstellung zu finden.

¹¹ Siehe dazu nachfolgend Abschnitt «3.5. Vorgängige Information der Meldung zur Früherfassung».

Neben dem betrieblichen Gesundheitsmanagement spielen bei der Desintegration von gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden noch weitere Faktoren im Arbeitsumfeld der Betroffenen eine Rolle. So scheinen grössere Unternehmungen eher in der Lage zu sein, krankheitsgefährdete Mitarbeitende mit eingeschränktem Leistungsvermögen weiter zu beschäftigen. Je besser das Arbeitsklima ist und je mehr die Betroffenen von Vorgesetzten und Arbeitskolleg/innen unterstützt werden, desto grösser ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine gesundheitsgefährdete Person 30 Monate nach Beginn der Arbeitsunfähigkeitsphase wieder erwerbstätig ist. Interessanterweise weisen auch Personen mit einer unterstützenden Arbeitsumgebung beim ersten Arbeitgeber eine grössere Chance auf, nach einem Stellenverlust einen neuen Arbeitgeber zu finden. Die positive Arbeitserfahrung beim ersten Arbeitgeber scheint sich positiv auf die Chancen eines erfolgreichen beruflichen Wiedereinstiegs auszuwirken.

d) These 4

Bei objektiv gleichem Gesundheitsschaden sind das Niveau des rechtlichen Schutzes bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und/oder die Höhe der zu erwartenden Ersatzleistungen relevante Ko-Faktoren für das Gelingen oder Nichtgelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess. Die Wirkung dieser Ko-Faktoren hängt u.a. auch von der sozialen Lage der Individuen ab.

Die Ergebnisse aus den empirischen Analysen zu These 4 sind nicht eindeutig. Insgesamt hat sich gezeigt, dass ein sehr grosser Teil der befragten Personen nicht oder nur sehr ungenügend über den rechtlichen Schutz bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit informiert ist. Dies zeigt sich in den sehr hohen Anteilen an «weiss nicht»-Antworten zu den Fragen im Kontext des Rechtsschutzes. Diese konnten insgesamt nicht in einen (statistisch signifikanten) Zusammenhang mit dem Ergebnis der Wiedereingliederungsbemühungen gebracht werden. Als einzige Grösse, die sich auf das Gelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess auswirkt und die zumindest teilweise in Zusammenhang mit dem rechtlichen Kontext steht, hat sich die Dauer der Betriebszugehörigkeit herausgestellt. Im Rahmen der multivariaten Betrachtungsweise hat sich gezeigt, dass die Betriebszugehörigkeit alle anderen Faktoren zum Versicherungs- und Kündigungsschutz verdrängt. Personen, die bereits seit mehr als fünf Jahren beim ersten Arbeitgeber angestellt sind, verlieren ihre Stelle deutlich weniger oft als Personen mit kürzerer Anstellungsdauer. Eine längere Betriebszugehörigkeit scheint demnach davor zu schützen, den angestammten Arbeitgeber nach einer längeren Krankheit zu verlieren. Ob hinter diesem empirischen Ergebnis der im Vergleich zu kürzeren Anstellungsverhältnissen bessere Kündigungsschutz steht, kann mit den vorhandenen Daten jedoch nicht

schlüssig beantwortet werden. Vertiefte Ausführungen zum zeitlichen Kündigungsschutz werden im Rahmen der rechtspolitischen Schlussfolgerungen gemacht.¹²

Ist der Versicherungs- und Kündigungsschutz für Arbeitnehmende hoch, so resultieren für den Arbeitgeber in der Regel höhere Kosten bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Insofern dürfte ein guter Versicherungs- und Kündigungsschutz dazu beitragen, dass der Verbleib im Arbeitsleben besser gelingt.

Alternativ kann der Zusammenhang zwischen Betriebszugehörigkeit und Stellenerhalt auch im Rahmen der Humankapitaltheorie erklärt werden. Je länger eine Person in der Regel für den gleichen Arbeitgeber arbeitet, desto mehr betriebsspezifisches (Human)Kapital kann sie sich erwerben. Die Entlassung eines Arbeitnehmenden mit viel betriebsspezifischem Kapital ist für die Unternehmen deshalb mit hohen Kosten verbunden und aus diesem Grund unwahrscheinlicher.

Für Arbeitnehmende bedeutet ein guter Versicherungs- und Kündigungsschutz, dass sie auch bei längerer krankheitsbedingter Abwesenheit keine (oder nur geringe) Einkommenseinbussen hinnehmen müssen. In diesem Zusammenhang wird in der Versicherungsökonomie von einem «Moral Hazard Problem» gesprochen. Das Risiko für Moral Hazard besteht dann, wenn das Verhalten der Versicherten sich ändert, nachdem sie die Versicherung abgeschlossen haben. In der hier untersuchten Thematik würde das bedeuten, dass die Personen mit gutem Versicherungs- und Kündigungsschutz länger krankheitsbedingt abwesend sind, als es aufgrund ihres Gesundheitszustands nötig wäre, weil ihnen während der Abwesenheit keine Einkommen entgehen. Eine längere Arbeitsabwesenheit wiederum kann sich erschwerend auf das Gelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess auswirken. Die Ergebnisse der multivariaten Analysen zum «Moral Hazard Problem» sind nicht eindeutig und die Frage, ob das Problem besteht, kann nicht schlüssig beantwortet werden.

¹² Siehe Abschnitt 3.3.2: Betriebszugehörigkeit – zeitlicher Kündigungsschutz – Stellenerhalt.

3. Rechtliche Würdigung der zentralen Ergebnisse und rechtspolitische Schlussfolgerungen

3.1. Ungenügende Information zum Versicherungs- und Kündigungsschutz

Die Befragung bringt zu Tage, dass sich nur gerade ein Viertel der Befragten gut bis sehr gut über ihren Kündigungs- und Versicherungsschutz informiert fühlt. Je ein weiteres Viertel fühlt sich zufriedenstellend, weniger gut und schlecht bis sehr schlecht informiert. Die Befragten wissen also eindeutig zu wenig über den Versicherungs- und Kündigungsschutz bei Krankheit.

Das Sozialversicherungsrecht sieht namentlich in Art. 27 ATSG eine Aufklärungs- und Beratungspflicht der Sozialversicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen vor.¹³ Der Information und Beratung der Versicherten und Leistungsberechtigten kommt eine herausragende Bedeutung zu.¹⁴ Aufgrund der Befragungsergebnisse drängt sich die Frage auf, ob und wie die Aufklärungs- und Beratungstätigkeit der Sozialversicherungsträger und Durchführungsorgane verbessert werden könnte und müsste.

Für die Information zum Kündigungsschutz sind aufgrund der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR die Arbeitgeber zuständig. Schliesst die Arbeitgeberin für ihre Arbeitnehmenden eine Krankentaggeldversicherung ab, hat sie diese über die Leistungsvoraussetzungen und den Leistungsumfang zu informieren. Dass Arbeitgebenden durch das Gesetz Informationspflichten auferlegt werden können, zeigt auch Art. 330b OR, welcher festhält, dass die Arbeitgeberin spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses die Arbeitnehmerin schriftlich informiert über u. a. die Namen der Vertragsparteien (lit. a), den Lohn und allfällige Lohnzuschläge (lit. d) und die wöchentliche Arbeitszeit (lit. e). Die Information zum Versicherungs- und Kündigungsschutz könnte über ein niederschwelliges Merkblatt erfolgen, welches die wichtigsten Punkte enthält und erklärt.

Zugleich ist aber auf die Selbstverantwortung der Arbeitnehmenden hinzuweisen. Diese müssen sich auch für den Versicherungs- und Kündigungsschutz interessieren wollen und allfällige Merkblätter konsultieren.

¹³ Vgl. dazu KIESER, Kommentar zu Art. 27 ATSG, ATSG-Kommentar, Zürich 2009.

¹⁴ Dies wurde bereits in der Publikation PÄRLI/MÜLLER/KUCERA/SPYCHER, Aids, Recht und Geld, Zürich/Chur 2003 betont.

Die Verbesserung der Information der Arbeitnehmenden über ihre Ansprüche und Pflichten bei Auftreten einer Arbeits- und allenfalls auch Erwerbsunfähigkeit ist ferner eine Aufgabe der Sozialpartner, weshalb auch eine Verankerung entsprechender Informationspflichten in Gesamtarbeitsverträgen zu prüfen ist.

3.2. Besonderer Schutz älterer Arbeitnehmenden

Neben dem Gesundheitszustand spielt laut den Ergebnissen auch das Alter eine entscheidende Rolle für die Wiedereingliederung. Sowohl das Alter wie auch die Gesundheit fallen unter die Eigenschaften i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehen.¹⁵ Gegenüber gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmenden besteht eine erhöhte Fürsorgepflicht, weshalb eine Kündigung nur rechtmässig ist, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass er alles ihm zumutbare und Notwendige im Sinne von Art. 328 OR vorgekehrt hat, um die Weiterbeschäftigung der betroffenen Arbeitnehmenden zu ermöglichen.¹⁶ Ältere Arbeitnehmende geniessen nur bedingt einen erhöhten Schutz vor Kündigung. In BGE 132 III 115 hat das Bundesgericht immerhin festgehalten, «dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (insgesamt 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt. Dazu gehört die Sorge dafür, einem wenige Monate vor der Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbusse zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen.» In einem Entscheid vom März 2007 hat das Bundesgericht jedoch betont, das Alter für sich alleine führe noch nicht zur Missbräuchlichkeit einer Kündigung.¹⁷

Dass die Wiedereingliederung schwieriger ist, je älter die betroffene Person ist, zeigt die Notwendigkeit, älteren Arbeitnehmenden – und zwar insbesondere jenen mit gesundheitlichen Problemen – im Rahmen von Art. 6 ArG und Art. 328 OR besonderen Schutz zukommen zu lassen. Ferner

¹⁵ Ausführlich dazu PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 55 ff.

¹⁶ PÄRLI, 207 f.; so auch ABEGG/STEBLER, 1180; weitere Hinweise siehe PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 71.

¹⁷ Urteil BGer 4C.388/2006 vom 5. März 2007, Erw. 4.2; dazu auch Urteil BGer 4A_72/2008 vom 2. April 2008, in welchem sich ein 57-jähriger Offsetdrucker, dem nach 33 Dienstjahren aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wurde, erfolglos auf BGE 132 III 115 berief; RUDOLPH, 155; zur Altersdiskriminierung siehe PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 79 f.

stellt sich die Frage, ob ältere Arbeitnehmende nicht auch bei der Anstellung besser vor Diskriminierung geschützt werden müssen.

3.3. Zentrale Rolle der Arbeitgebenden

3.3.1. Strukturell verankertes Gesundheitsmanagementsystem – gesetzliche Verankerung

Die Ergebnisse zeigen weiter deutlich, dass die Rolle der Arbeitgebenden sehr zentral ist. Personen, welche in Firmen beschäftigt sind, die über ein strukturell verankertes Gesundheitsmanagementsystem verfügen, haben eine deutlich grössere Chance, nach einer längeren krankheitsbedingten Arbeitsabsenz den Wiedereinstieg in das Erwerbsleben zu finden. Zudem scheinen die Erstellung eines Wiedereingliederungsplans und die Umsetzung von konkreten Wiedereingliederungsmassnahmen vor Stellenverlust zu schützen. Unabhängig davon scheinen grössere Unternehmungen ihr Personal besser weiterbeschäftigen zu können als kleinere Betriebe.

Da sich ein strukturell verankertes Gesundheitsmanagementsystem als überaus zentral herausgestellt hat, fragt sich, ob sich eine entsprechende Pflicht aus der Fürsorgepflicht ableiten lässt. Eine Arbeitgeberpflicht zu einem Gesundheitsmanagement steht auch im öffentlichen Interesse und lässt sich auf Art. 6 des Arbeitsgesetzes, die anstelle der Verordnung 3 abstützen. Ob dies der Arbeitgebende selber organisieren oder aber einen externen Dienst beanspruchen will, steht ihm frei. Hat ein Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer eine Kollektivkrankentaggeldversicherung abgeschlossen, besteht die Möglichkeit, das Gesundheitsmanagement der Versicherung zu übertragen. Wichtig ist, dass es sich um ein umfassendes Gesundheitsmanagementsystem handelt und nicht um ein reines Absenzenmanagement. Im Rahmen des Gesundheitsmanagements könnte überdies die Information zum Versicherungs- und Kündigungsschutz verbessert werden.

Zu prüfen wäre, ob und gegebenenfalls wo eine solche Verpflichtung der Arbeitgeberin ausdrücklich verankert werden könnte. Denkbar wäre eine Präzisierung der Wegleitung zu Art. 6 ArG oder/und der Gesundheitsschutzverordnung (ArGV 3). Die Wegleitung zu Art. 6 Abs. 1 ArG hält unter anderem fest, dass der Gesundheitsschutz sowohl die physische als auch die psychische Integrität der Arbeitnehmenden umfasse. Vom Arbeitgeber könne beispielsweise verlangt werden, «dass er im Betrieb Massnahmen gegen psychosoziale Missstände wie Mobbing oder andere Formen der Belästigung ergreift.» An dieser Stelle könnte die Wegleitung dahingehend ergänzt werden, dass Arbeitgebende für ein strukturell verankertes Ge-

sundheitsmanagementsystem zu sorgen haben, wobei es ihnen frei steht, dieses selber anzubieten oder an eine externe Stelle wie beispielsweise einer Krankentaggeldversicherung zu übertragen. Da eine solche Verpflichtung eine bedeutende Änderung mit sich bringen würde, stellt sich allerdings die Frage, ob die Wegleitung die richtige Ebene darstellt oder ob eine Ergänzung der ArGV 3 notwendig wäre. Die Änderung der Verordnung gestaltet sich allerdings aufwändiger als die Präzisierung der Wegleitung zu Art. 6 ArG; die Ergänzung der ArGV 3 bedarf ein Handeln des Bundesrates, die Präzisierung der Wegleitung würde durch das Seco erfolgen.¹⁸

3.3.2. Betriebszugehörigkeit – zeitlicher Kündigungsschutz – Stellenerhalt

Aus rechtlicher Sicht nicht überraschend ist das Ergebnis, dass eine längere Betriebszugehörigkeit (länger als 5 Jahre) davor schützt, dass Arbeitnehmende nach einer längeren Krankheit ihren Arbeitsplatz verlieren. Art 336c OR schreibt ab dem 6. Dienstjahr eine Sperrfrist von 180 Tagen vor, während derer keine Kündigung ausgesprochen werden darf. Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Wirkung auf die Wahrscheinlichkeit des Stellenerhalts nicht auch im Rahmen der Humankapitaltheorie interpretiert werden kann. Möglicherweise würden Arbeitgebende langjährige Arbeitnehmende bei Krankheit auch dann nicht sofort entlassen, wenn die Sperrfrist nicht oder nicht in diesem Masse bestehen würde. Eine lange Sperrfrist bei langer Betriebszugehörigkeit forciert aber die Loyalität der Arbeitgebenden gegenüber den Arbeitnehmenden und macht deshalb Sinn.

Die Ergebnisse der Befragung zeigen ebenfalls, dass der Stellenerhalt einen entscheidenden Faktor bei der Wiedereingliederung darstellt. Ob deshalb die Einführung von längeren Sperrfristen bereits bei weniger Dienstjahren sinnvoll bzw. wünschenswert wäre, ist allerdings fraglich. Die mit der Ausweitung des zeitlichen Kündigungsschutzes verbundenen Kostenfolgen für die Arbeitgeber könnten zwar mit der Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung abgedeckt werden. Ein forcierter Stellenerhalt kann allerdings einen unerwünschten Nebeneffekt herbeiführen: Während längerer Zeit abwesende Arbeitnehmende müssen in der Regel während dieser Zeit ersetzt werden. Dies dürfte aus praktischen Gründen in der Regel durch befristete Anstellungen erfolgen. Während die Dauer einer unfallbedingten Abwesenheit noch mehr oder weniger abgeschätzt werden kann, ist dies aber gerade bei krankheitsbedingten Abwesenheiten

¹⁸ Die Abschnitte stammen aus PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 683 ff.

häufig nicht möglich. Eine befristete Anstellung auf unbestimmte Dauer ist aber nicht möglich. Die Arbeitgeberin wäre gezwungen, eine Person befristet auf eine kurze Zeit anzustellen und bei Notwendigkeit das befristete Arbeitsverhältnis um eine weitere kurze Zeit zu verlängern. Solche sog. Kettenarbeitsverträge sind zwar zulässig, wenn es einen sachlichen Grund dafür gibt, was in einer solchen Situation der Fall sein dürfte, sie bringen aber eine erhebliche Unsicherheit für die befristet angestellte Person mit sich. Ein Stellenerhalt ist wünschenswert, aber nicht immer umsetzbar. Je eher aber die Arbeitgeberin nicht alle Aufwendungen alleine zu tragen hat – so bspw. wenn eine Krankentaggeldversicherung besteht, deren Prämien je hälftig von der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmerin übernommen werden –, desto eher dürfte sie bereit sein, Anstrengungen zum Stellenerhalt vorzunehmen.¹⁹

3.3.3. Arbeitsbedingungen

Die Ergebnisse der Befragung zeigen ferner, dass unabhängig vom Schweregrad der Krankheit die sozialen und internen Ressourcen eine wichtige Rolle spielen. Personen, welche in ihrem sozialen Umfeld über praktische Unterstützung verfügen und keinen hohen psychischen Belastungen ausgesetzt sind, haben insgesamt eine deutlich grössere Chance, 30 Monate nach Krankheitsbeginn noch im Erwerbsprozess integriert zu sein. Hier muss das Recht wohl zurückstehen. Ein stabiles soziales Umfeld kann kaum durch rechtliche Bestimmungen generiert werden. Allerdings können schlechte Arbeitsbedingungen – bedingt durch überlange Arbeitszeiten, Stress und Mobbing – dazu führen, dass Arbeitnehmende eher ihr gutes Umfeld verlieren. Die verstärkte Wahrnehmung der Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) durch die Arbeitgebenden und die damit verbundenen besseren Arbeitsbedingungen könnten dagegen einen positiven Einfluss auf das soziale Umfeld der Arbeitnehmenden haben. Die Grenze bildet einerseits das Privatleben der Arbeitnehmenden, auf dessen Gestaltung die Arbeitgebenden keinen Einfluss nehmen dürfen, und andererseits die Verhältnismässigkeit. Arbeitgebende haben nur die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihnen billigerweise zugemutet werden kann.

¹⁹ Der Abschnitt stammt aus PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 499.

Arbeitnehmende sind nicht bloss Arbeitskräfte, sondern Menschen²⁰, die in sozialen Bezügen zu Freunden und Familie leben und Tätigkeiten ausserhalb der Erwerbsarbeiten nachgehen können sollen. Die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden gebietet, Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass diese nicht dauernd und in erheblichem Masse das Sozial- und Privatleben einschränken.²¹

3.4. Chancen auf IV-Rente

Die Ergebnisse zeigen weiter, dass Personen ohne Ausbildung unter Kontrolle von mehreren Grössen (Gesundheitszustand, Alter, etc.) deutlich geringere Chancen haben, nach einer Anmeldung bei der IV eine Rente zu erhalten. Demgegenüber steigt die Wahrscheinlichkeit bei Personen mit höheren Einkommen deutlich, nach einer Anmeldung bei der IV eine Rente zu erhalten.

Dass Gutverdienende mit grösserer Wahrscheinlichkeit eine Invalidenrente erhalten als Schlechterverdienende ergibt sich aus der Logik der Bemessung des Invaliditätsgrades.²² Die Bemessung des Invaliditätsgrades von Erwerbstätigen erfolgt gemäss Art. 16 ATSG anhand eines Einkommensvergleiches. Dem Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), wird jenes Einkommen gegenübergestellt, das die Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Eine Person, die ein Valideneinkommen von 200'000 Franken erzielen würde, vermag bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50% angesichts ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung in der Regel weniger als 50% des Valideneinkommens erzielen. Rechnet man mit einem Invalideneinkommen von 60'000 Franken, ergibt sich einen Invaliditätsgrad von 70%. Schlechterverdienende dagegen – und dazu gehören in der Regel auch Personen ohne Ausbildung – haben bei gleichem Gesundheitsschaden regelmässig einen tieferen Invaliditätsgrad. Der Grund dafür ist, dass Versicherte mit einem unterdurchschnittlichen Valideneinkommen mit dem gleichen Gesundheitsschaden eine geringere Lohneinbusse erfahren als Besserverdienende, da der ausgeglichene Arbeitsmarkt für erstere mehr Verweisungs-

²⁰ In Anlehnung an Max Frisch: «Wir riefen Arbeitskräfte, und es kamen Menschen».

²¹ Die beiden Abschnitte stammen aus der PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 687 f.

²² Siehe dazu PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 913 ff.

tätigkeiten bereit hält. Eine Person mit einem Valideneinkommen von 60'000 Franken hat bei einer Erwerbsunfähigkeit von 50% grössere Chancen, ein Invalideneinkommen zu erreichen, das mindestens 50% des Valideneinkommens beträgt. Erzielt der Versicherte nun ein Invalideneinkommen von 30'000 Franken, erreicht er nur einen Invaliditätsgrad von 50%.

Dass weniger gut Verdienende geringere Chancen auf eine Invalidenrente haben, erscheint auf den ersten Blick störend. Dieses Ergebnis ergibt sich aber wie dargestellt aus der Logik der Invalidenversicherung als Sozialversicherung und des damit verbundenen Konnexes zwischen Prämie und Leistung. Bei der Invalidenrente handelt es sich um einen Erwerbsersatz und ein überproportionaler Verlust wirkt sich entsprechend stärker aus. Eine Anpassung würde die Änderung des Gesamtsystems voraussetzen, was aber unbekannte und allenfalls unerwünschte Nebeneffekte nach sich ziehen könnte. Zudem ist das heutige System nicht grundsätzlich ungerecht, immerhin zahlen Gutverdienende auch höhere Prämien und ihr Invalideneinkommen ist aufgrund der tatsächlich vorherrschenden Arbeitsmarktsituation bedeutend tiefer als ihr Valideneinkommen.

3.5. Vorgängige Information der Meldung zur Früherfassung

Im Bereich der Früherfassung zeigen die Ergebnisse, dass von den Personen, welche die Meldung zur Früherfassung nicht selber vorgenommen haben, 23% vorgängig nicht darüber informiert wurden. Die Meldung zur Früherfassung können neben der versicherten Person auch die in Art. 3b Abs. 2 lit. a–l IVG aufgezählten Personen und Stellen vornehmen. Art. 3b Abs. 3 IVG schreibt vor, dass die versicherte Person vor der Meldung informiert wird, wenn die Meldung durch Drittpersonen oder Stellen nach Art. 3b Abs. 2 lit. b–l IVG vorgenommen wird. Zur Bestätigung dieser Informationen muss die versicherte Person an dafür vorgesehener Stelle im Meldeformular unterschreiben. Tatsächlich findet aber diese vorgängige Information nicht immer statt. Die Anforderungen an eine Meldung zur Früherfassung durch Drittpersonen oder andere Stellen sind nicht besonders hoch. Eine Einwilligung der betroffenen Person wird nicht vorausgesetzt. Dass dennoch 23% der Befragten nicht über die Meldung zur Früherfassung informiert wurden, ist deshalb schwer nachvollziehbar. Die Meldung zur Früherfassung erfolgt schriftlich mittels eines amtlichen Formulars, welches eine Stelle vorsieht, an der die betroffene Person mittels Unterschrift bestätigt, dass sie vorgängig informiert wurde. Um eine Nichtinformation zu verhindern, sollten die zuständigen IV-Stellen Meldungen ohne die entsprechende Unterschrift konsequent an die meldende

Person oder Stelle zurückweisen und diese zur Information der betroffenen Versicherten auffordern.

3.6 Präsentismus

Forschungsergebnisse aus anderen Ländern zeigen, dass Arbeitnehmende regelmässig trotz Krankheit arbeiten. Das Phänomen ist unter dem Namen Präsentismus bekannt und erhöht die Wahrscheinlichkeit einer Verschlimmerung oder Chronifizierung der Krankheit. Ab der zweiten Befragung wurde auch eine Frage zum Präsentismusverhalten gestellt. Die Ergebnisse bestätigen, dass das Phänomen Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit) weit verbreitet ist. Insgesamt geben vier von fünf Personen an, regelmässig (47%) oder ab und zu (32%) trotz Krankheit arbeiten zu gehen.²³

Präsentismus hat in der Rechtswissenschaft noch kaum Beachtung gefunden. Allerdings zu Unrecht, denn tatsächlich stellen sich viele Fragen, wie aus rechtswissenschaftlicher Sicht mit Präsentismus umzugehen ist.²⁴

Die Fürsorgepflicht auferlegt den Arbeitgebenden im Zusammenhang mit Präsentismus zwei Hauptpflichten; sie haben erstens mittels Weisung kranke Arbeitnehmende nach Hause zu schicken bzw. die «Home-Office-Arbeit» zu untersagen, wenn diese trotz offensichtlicher Arbeitsunfähigkeit oder Ansteckungsgefahr auf eine Krankmeldung verzichten. Dabei haben Arbeitgebende zweitens ein Betriebsklima zu schaffen, welches eine Krankmeldung zulässt. Ziel ist, dass kranke Arbeitnehmende gar nicht oder nur so viel arbeiten, wie dies nach ihrer gesundheitlichen Situation sinnvoll ist. Dies erfordert eine Arbeitsorganisation mit adäquaten Stellvertretungsregelungen. Neben den Arbeitgebenden sind aber auch die Arbeitnehmenden in die Pflicht zu nehmen: diese haben immer dann auf das Erbringen der Arbeitsleistung zu verzichten, sofern und soweit ihr Gesundheitszustand dies zu ihrem eigenen oder zum Schutz Dritter verlangt.

3.7. Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung

Die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit ist komplex ausgestaltet. Nach Art. 324a OR richtet die Arbeitgeberin bei einer krankheits- oder unfallbe-

²³ Siehe dazu GUGGISBERG/OESCH/RUDIN/KÜNZI, 34 ff.

²⁴ PÄRLI/HUG, 1 ff.

dingten Abwesenheit des Arbeitnehmers während einer beschränkten Zeit, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt, weiterhin Lohn aus. Arbeitgebende können aber für ihre Arbeitnehmenden auch eine Krankentaggeldversicherung abschliessen, welche im Krankheitsfall ein Taggeld ausrichtet. Die Verpflichtung der Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung weiterhin den Lohn auszurichten, hängt sodann vom Bestand des Arbeitsverhältnisses ab. Endet das Arbeitsverhältnis, entfällt der Anspruch auf Lohnfortzahlung. Da die Lohnfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und der zeitliche Kündigungsschutz bei Krankheit nicht koordiniert sind, ist es möglich, dass nach Ablauf der Sperrfrist die Kündigung erfolgt und die Lohnfortzahlung eingestellt wird, obwohl diese theoretisch noch länger dauern würde. Andererseits ist es aber auch denkbar, dass der Lohnfortzahlungskredit bereits aufgebraucht ist, aufgrund einer längeren Sperrfrist aber noch keine Kündigung möglich ist. Ob die Leistungen der Krankentaggeldversicherung vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig sind, hängt davon ab, ob es sich um eine Versicherung nach KVG oder VVG handelt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlischt bei einer Kollektivtaggeldversicherung nach KVG der Leistungsanspruch mit Auflösung des Arbeitsverhältnisses, da die Ausrichtung von Leistungen durch einen KVG-Versicherer die Zugehörigkeit zur Versicherung voraussetzt (vgl. aber Übertrittsrecht in die Einzeltaggeldversicherung nach Art. 71 KVG). Bei einer Kollektivtaggeldversicherung nach VVG bleibt der Leistungsanspruch bei einer bereits eingetretenen Leistungspflicht dagegen trotz Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Regel bestehen.²⁵

Um den Unklarheiten, welche sich sowohl im Bereich der gesetzlichen Lohnfortzahlung als auch der freiwilligen Taggeldversicherung ergeben, zu begegnen, wäre die Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung (KVG- oder VVG-Lösung) zu prüfen. Als Alternativen wären auch die Anpassung der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung oder eine detailliertere Regelung des Krankentaggeldes im VVG zu prüfen. Anzustreben ist ein ausreichender Versicherungsschutz für alle erkrankten Arbeitnehmenden. Dies bedingt auch eine Koordination der Lohnfortzahlung bzw. Taggeldleistung mit dem zeitlichen Kündigungsschutz. Indem nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Lohnfortzahlung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses entfällt, besteht nämlich für Arbeitgebende ein Anreiz, gesundheitlich angeschlagene Arbeitnehmende nach Ablauf der Sperrfrist zu entlassen.

²⁵ Weitere Hinweise PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 167 ff. (Lohnfortzahlung) sowie Rz. 311 ff. (Krankentaggeldversicherung).

Zahlreiche abgelehnte Motionen, Interpellationen und Postulate, Parlamentarische Initiativen zur Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung sowie die Standesinitiative des Kantons Jura mit dem Titel «KVG, Lücken und Unstimmigkeiten bei den Taggeldern», der keine Folge gegeben wurde, zeigen aber, dass die Verankerung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung zurzeit kaum durchsetzbar sein dürfte. Der Bundesrat bekräftigte immer wieder, dass er die bestehende Situation beibehalten will und betonte regelmässig die im Bericht «Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit» vom 30. Oktober 2009 gezogenen Schlussfolgerungen, «dass der Erwerbsausfall bei vorübergehender Krankheit auch ohne eine obligatorische Versicherung weitgehend durch Taggeldversicherungen abgedeckt wird und dass sich die geltende Regelung für den überwiegenden Teil der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden grundsätzlich bewährt hat.» Nach seiner Ansicht kann deshalb die Taggeldversicherung im bestehenden Rahmen beibehalten werden. Die finanziellen Aspekte bildeten jeweils einen wichtigen Grund bei der Ablehnung. Auch Hinweise auf die möglichen Einsparungen durch die Einführung eines Obligatoriums vermochten den Bundesrat nicht umzustimmen.

Der politische Wille für eine obligatorische Krankentaggeldversicherung scheint somit nicht vorhanden zu sein. Allerdings würden mit der Einführung eines Obligatoriums für alle Unternehmen höhere Beiträge anfallen, so dass zumindest innerhalb der Schweiz durch den Abschluss einer Taggeldversicherung kein Wettbewerbsnachteil entstehen würde. Für die Exportbranche könnte eine obligatorische Krankentaggeldversicherung aber einen finanziellen Nachteil bedeuten. Zu bedenken ist jedoch, dass ein Grossteil der Betriebe bereits jetzt freiwillig oder aufgrund eines Gesamtarbeitsvertrages für ihre Arbeitnehmenden eine Kollektivtaggeldversicherung abgeschlossen hat.²⁶ Überdies wäre eine obligatorische Krankentaggeldversicherung angesichts der soeben aufgezeigten Komplexität auch im Sinne einer Vereinfachung der äusserst komplexen rechtlichen Regelung zur Lohnfortzahlung sinnvoll.

²⁶ Vgl. Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 04.3000 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 16. Januar 2004, gutgeheissen vom Bundesrat am 30. September 2009.

4. Schlussbemerkungen

Die Wiedereingliederung von Arbeitnehmenden, die aus gesundheitlichen Gründen aus dem Erwerbsprozess ausgeschieden sind oder auszuscheiden drohen, ist ein sowohl aus volkswirtschaftlicher wie individueller Perspektive berechtigtes Anliegen. Die Sozialwerke sollen nicht mit vermeidbaren Kosten belastet werden und grundsätzlich arbeitsfähige Menschen sollen reelle Chancen haben, ihre Fähigkeiten und Interessen in der Arbeitswelt einbringen zu können. Die Eingliederungsbemühungen dürfen indes auch nicht über das Ziel hinausschiessen. Apodiktischen Aussagen wie «eine Beschäftigung ist in jedem Fall einer Nichtbeschäftigung vorzuziehen», die in diesem Sinne im Zusammenhang mit der fünften IV-Revision in den Raum gestellt wurden, haftet etwas Ideologisches, ja Totalitäres an. Hier gilt es Augenmass zu bewahren. Nicht in jedem Fall ist eine gegen den Willen und entgegen den tatsächlichen Voraussetzungen einer Person durchgepaukte Eingliederungsmassnahme sinnvoll, nicht zuletzt kosten solche Massnahmen die Öffentlichkeit weit mehr als die Ausrichtung einer Taggeld- oder Rentenleistung.²⁷

²⁷ Dies ist zugleich der letzte Abschnitt der Schlussbemerkungen zum rechtlichen Teil der SNF-Studie.

Das Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht (JaSo) – erstmals erschienen 2012 – ist sehr gut aufgenommen worden. Das JaSo 2014 behält das Konzept der ersten beiden Bände bei und geht in den ersten Hauptteilen auf die Entwicklungen in der Gesetzgebung und in der Rechtsprechung ein. Im einleitenden Teil zur Gesetzgebung werden die per 1. Januar 2014 in Kraft tretenden Bestimmungen gewürdigt; daneben werden die wichtigsten Reformvorhaben dargestellt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht wird aufgegriffen, systematisch dargestellt und von der Herausgeberin und dem Herausgeber (kritisch) gewürdigt.

Im dritten Hauptteil des JaSo finden sich verschiedene Aufsätze zu einer Reihe von grundlegenden und praxisbezogenen Fragen.

Das JaSo «gibt einen umfassenden Einblick in die Rechtsfortbildung im sich schnell wandelnden Gebiet» (plädoyer 5/12).

